

1 JAMES TODD BENNETT
2 Attorney of Law
3 P. O. Box 742
4 El Cerrito, CA 94530
5 Telephone: (510) 232-6559
6 California State Bar No. 113009

7 Attorney for Petitioner
8 NAVNEET GHOTRA

9
10 UNITED STATES DISTRICT COURT
11
12 NORTHERN DISTRICT OF CALIFORNIA

13 NAVNEET GHOTRA,) CASE NO: C07 4428 MMC
14)
15)
16)
17)
18)
19)
20)
21)
22)
23)
24)
25)
26)
27)
28)
29)
30)
31)
32)
33)
34)
35)
36)
37)
38)
39)
40)
41)
42)
43)
44)
45)
46)
47)
48)
49)
50)
51)
52)
53)
54)
55)
56)
57)
58)
59)
60)
61)
62)
63)
64)
65)
66)
67)
68)
69)
70)
71)
72)
73)
74)
75)
76)
77)
78)
79)
80)
81)
82)
83)
84)
85)
86)
87)
88)
89)
90)
91)
92)
93)
94)
95)
96)
97)
98)
99)
100)
101)
102)
103)
104)
105)
106)
107)
108)
109)
110)
111)
112)
113)
114)
115)
116)
117)
118)
119)
120)
121)
122)
123)
124)
125)
126)
127)
128)
129)
130)
131)
132)
133)
134)
135)
136)
137)
138)
139)
140)
141)
142)
143)
144)
145)
146)
147)
148)
149)
150)
151)
152)
153)
154)
155)
156)
157)
158)
159)
160)
161)
162)
163)
164)
165)
166)
167)
168)
169)
170)
171)
172)
173)
174)
175)
176)
177)
178)
179)
180)
181)
182)
183)
184)
185)
186)
187)
188)
189)
190)
191)
192)
193)
194)
195)
196)
197)
198)
199)
200)
201)
202)
203)
204)
205)
206)
207)
208)
209)
210)
211)
212)
213)
214)
215)
216)
217)
218)
219)
220)
221)
222)
223)
224)
225)
226)
227)
228)
229)
230)
231)
232)
233)
234)
235)
236)
237)
238)
239)
240)
241)
242)
243)
244)
245)
246)
247)
248)
249)
250)
251)
252)
253)
254)
255)
256)
257)
258)
259)
260)
261)
262)
263)
264)
265)
266)
267)
268)
269)
270)
271)
272)
273)
274)
275)
276)
277)
278)
279)
280)
281)
282)
283)
284)
285)
286)
287)
288)
289)
290)
291)
292)
293)
294)
295)
296)
297)
298)
299)
300)
301)
302)
303)
304)
305)
306)
307)
308)
309)
310)
311)
312)
313)
314)
315)
316)
317)
318)
319)
320)
321)
322)
323)
324)
325)
326)
327)
328)
329)
330)
331)
332)
333)
334)
335)
336)
337)
338)
339)
340)
341)
342)
343)
344)
345)
346)
347)
348)
349)
350)
351)
352)
353)
354)
355)
356)
357)
358)
359)
360)
361)
362)
363)
364)
365)
366)
367)
368)
369)
370)
371)
372)
373)
374)
375)
376)
377)
378)
379)
380)
381)
382)
383)
384)
385)
386)
387)
388)
389)
390)
391)
392)
393)
394)
395)
396)
397)
398)
399)
400)
401)
402)
403)
404)
405)
406)
407)
408)
409)
410)
411)
412)
413)
414)
415)
416)
417)
418)
419)
420)
421)
422)
423)
424)
425)
426)
427)
428)
429)
430)
431)
432)
433)
434)
435)
436)
437)
438)
439)
440)
441)
442)
443)
444)
445)
446)
447)
448)
449)
450)
451)
452)
453)
454)
455)
456)
457)
458)
459)
460)
461)
462)
463)
464)
465)
466)
467)
468)
469)
470)
471)
472)
473)
474)
475)
476)
477)
478)
479)
480)
481)
482)
483)
484)
485)
486)
487)
488)
489)
490)
491)
492)
493)
494)
495)
496)
497)
498)
499)
500)
501)
502)
503)
504)
505)
506)
507)
508)
509)
510)
511)
512)
513)
514)
515)
516)
517)
518)
519)
520)
521)
522)
523)
524)
525)
526)
527)
528)
529)
530)
531)
532)
533)
534)
535)
536)
537)
538)
539)
540)
541)
542)
543)
544)
545)
546)
547)
548)
549)
550)
551)
552)
553)
554)
555)
556)
557)
558)
559)
560)
561)
562)
563)
564)
565)
566)
567)
568)
569)
570)
571)
572)
573)
574)
575)
576)
577)
578)
579)
580)
581)
582)
583)
584)
585)
586)
587)
588)
589)
590)
591)
592)
593)
594)
595)
596)
597)
598)
599)
600)
601)
602)
603)
604)
605)
606)
607)
608)
609)
610)
611)
612)
613)
614)
615)
616)
617)
618)
619)
620)
621)
622)
623)
624)
625)
626)
627)
628)
629)
630)
631)
632)
633)
634)
635)
636)
637)
638)
639)
640)
641)
642)
643)
644)
645)
646)
647)
648)
649)
650)
651)
652)
653)
654)
655)
656)
657)
658)
659)
660)
661)
662)
663)
664)
665)
666)
667)
668)
669)
670)
671)
672)
673)
674)
675)
676)
677)
678)
679)
680)
681)
682)
683)
684)
685)
686)
687)
688)
689)
690)
691)
692)
693)
694)
695)
696)
697)
698)
699)
700)
701)
702)
703)
704)
705)
706)
707)
708)
709)
710)
711)
712)
713)
714)
715)
716)
717)
718)
719)
720)
721)
722)
723)
724)
725)
726)
727)
728)
729)
730)
731)
732)
733)
734)
735)
736)
737)
738)
739)
740)
741)
742)
743)
744)
745)
746)
747)
748)
749)
750)
751)
752)
753)
754)
755)
756)
757)
758)
759)
760)
761)
762)
763)
764)
765)
766)
767)
768)
769)
770)
771)
772)
773)
774)
775)
776)
777)
778)
779)
780)
781)
782)
783)
784)
785)
786)
787)
788)
789)
790)
791)
792)
793)
794)
795)
796)
797)
798)
799)
800)
801)
802)
803)
804)
805)
806)
807)
808)
809)
810)
811)
812)
813)
814)
815)
816)
817)
818)
819)
820)
821)
822)
823)
824)
825)
826)
827)
828)
829)
830)
831)
832)
833)
834)
835)
836)
837)
838)
839)
840)
841)
842)
843)
844)
845)
846)
847)
848)
849)
850)
851)
852)
853)
854)
855)
856)
857)
858)
859)
860)
861)
862)
863)
864)
865)
866)
867)
868)
869)
870)
871)
872)
873)
874)
875)
876)
877)
878)
879)
880)
881)
882)
883)
884)
885)
886)
887)
888)
889)
890)
891)
892)
893)
894)
895)
896)
897)
898)
899)
900)
901)
902)
903)
904)
905)
906)
907)
908)
909)
910)
911)
912)
913)
914)
915)
916)
917)
918)
919)
920)
921)
922)
923)
924)
925)
926)
927)
928)
929)
930)
931)
932)
933)
934)
935)
936)
937)
938)
939)
940)
941)
942)
943)
944)
945)
946)
947)
948)
949)
950)
951)
952)
953)
954)
955)
956)
957)
958)
959)
960)
961)
962)
963)
964)
965)
966)
967)
968)
969)
970)
971)
972)
973)
974)
975)
976)
977)
978)
979)
980)
981)
982)
983)
984)
985)
986)
987)
988)
989)
990)
991)
992)
993)
994)
995)
996)
997)
998)
999)
1000)
1001)
1002)
1003)
1004)
1005)
1006)
1007)
1008)
1009)
1010)
1011)
1012)
1013)
1014)
1015)
1016)
1017)
1018)
1019)
1020)
1021)
1022)
1023)
1024)
1025)
1026)
1027)
1028)
1029)
1030)
1031)
1032)
1033)
1034)
1035)
1036)
1037)
1038)
1039)
1040)
1041)
1042)
1043)
1044)
1045)
1046)
1047)
1048)
1049)
1050)
1051)
1052)
1053)
1054)
1055)
1056)
1057)
1058)
1059)
1060)
1061)
1062)
1063)
1064)
1065)
1066)
1067)
1068)
1069)
1070)
1071)
1072)
1073)
1074)
1075)
1076)
1077)
1078)
1079)
1080)
1081)
1082)
1083)
1084)
1085)
1086)
1087)
1088)
1089)
1090)
1091)
1092)
1093)
1094)
1095)
1096)
1097)
1098)
1099)
1100)
1101)
1102)
1103)
1104)
1105)
1106)
1107)
1108)
1109)
1110)
1111)
1112)
1113)
1114)
1115)
1116)
1117)
1118)
1119)
1120)
1121)
1122)
1123)
1124)
1125)
1126)
1127)
1128)
1129)
1130)
1131)
1132)
1133)
1134)
1135)
1136)
1137)
1138)
1139)
1140)
1141)
1142)
1143)
1144)
1145)
1146)
1147)
1148)
1149)
1150)
1151)
1152)
1153)
1154)
1155)
1156)
1157)
1158)
1159)
1160)
1161)
1162)
1163)
1164)
1165)
1166)
1167)
1168)
1169)
1170)
1171)
1172)
1173)
1174)
1175)
1176)
1177)
1178)
1179)
1180)
1181)
1182)
1183)
1184)
1185)
1186)
1187)
1188)
1189)
1190)
1191)
1192)
1193)
1194)
1195)
1196)
1197)
1198)
1199)
1200)
1201)
1202)
1203)
1204)
1205)
1206)
1207)
1208)
1209)
1210)
1211)
1212)
1213)
1214)
1215)
1216)
1217)
1218)
1219)
1220)
1221)
1222)
1223)
1224)
1225)
1226)
1227)
1228)
1229)
1230)
1231)
1232)
1233)
1234)
1235)
1236)
1237)
1238)
1239)
1240)
1241)
1242)
1243)
1244)
1245)
1246)
1247)
1248)
1249)
1250)
1251)
1252)
1253)
1254)
1255)
1256)
1257)
1258)
1259)
1260)
1261)
1262)
1263)
1264)
1265)
1266)
1267)
1268)
1269)
1270)
1271)
1272)
1273)
1274)
1275)
1276)
1277)
1278)
1279)
1280)
1281)
1282)
1283)
1284)
1285)
1286)
1287)
1288)
1289)
1290)
1291)
1292)
1293)
1294)
1295)
1296)
1297)
1298)
1299)
1300)
1301)
1302)
1303)
1304)
1305)
1306)
1307)
1308)
1309)
1310)
1311)
1312)
1313)
1314)
1315)
1316)
1317)
1318)
1319)
1320)
1321)
1322)
1323)
1324)
1325)
1326)
1327)
1328)
1329)
1330)
1331)
1332)
1333)
1334)
1335)
1336)
1337)
1338)
1339)
1340)
1341)
1342)
1343)
1344)
1345)
1346)
1347)
1348)
1349)
1350)
1351)
1352)
1353)
1354)
1355)
1356)
1357)
1358)
1359)
1360)
1361)
1362)
1363)
1364)
1365)
1366)
1367)
1368)
1369)
1370)
1371)
1372)
1373)
1374)
1375)
1376)
1377)
1378)
1379)
1380)
1381)
1382)
1383)
1384)
1385)
1386)
1387)
1388)
1389)
1390)
1391)
1392)
1393)
1394)
1395)
1396)
1397)
1398)
1399)
1400)
1401)
1402)
1403)
1404)
1405)
1406)
1407)
1408)
1409)
1410)
1411)
1412)
1413)
1414)
1415)
1416)
1417)
1418)
1419)
1420)
1421)
1422)
1423)
1424)
1425)
1426)
1427)
1428)
1429)
1430)
1431)
1432)
1433)
1434)
1435)
1436)
1437)
1438)
1439)
1440)
1441)
1442)
1443)
1444)
1445)
1446)
1447)
1448)
1449)
1450)
1451)
1452)
1453)
1454)
1455)
1456)
1457)
1458)
1459)
1460)
1461)
1462)
1463)
1464)
1465)
1466)
1467)
1468)
1469)
1470)
1471)
1472)
1473)
1474)
1475)
1476)
1477)
1478)
1479)
1480)
1481)
1482)
1483)
1484)
1485)
1486)
1487)
1488)
1489)
1490)
1491)
1492)
1493)
1494)
1495)
1496)
1497)
1498)
1499)
1500)
1501)
1502)
1503)
1504)
1505)
1506)
1507)
1508)
1509)
1510)
1511)
1512)
1513)
1514)
1515)
1516)
1517)
1518)
1519)
1520)
1521)
1522)
1523)
1524)
1525)
1526)
1527)
1528)
1529)
1530)
1531)
1532)
1533)
1534)
1535)
1536)
1537)
1538)
1539)
1540)
1541)
1542)
1543)
1544)
1545)
1546)
1547)
1548)
1549)
1550)
1551)
1552)
1553)
1554)
1555)
1556)
1557)
1558)
1559)
1560)
1561)
1562)
1563)
1564)
1565)
1566)
1567)
1568)
1569)
1570)
1571)
1572)
1573)
1574)
1575)
1576)
1577)
1578)
1579)
1580)
1581)
1582)
1583)
1584)
1585)
1586)
1587)
1588)
1589)
1590)
1591)
1592)
1593)
1594)
1595)
1596)
1597)
1598)
1599)
1600)
1601)
1602)
1603)
1604)
1605)
1606)
1607)
1608)
1609)
1610)
1611)
1612)
1613)
1614)
1615)
1616)
1617)
1618)
1619)
1620)
1621)
1622)
1623)
1624)
1625)
1626)
1627)
1628)
1629)
1630)
1631)
1632)
1633)
1634)
1635)
1636)
1637)
1638)
1639)
1640)
1641)
1642)
1643)
1644)
1645)
1646)
1647)
1648)
1649)
1650)
1651)
1652)
1

1 Gonzales¹ (hereinafter individually by surname and collectively
2 as "respondents") on or about September 21, 2007 in the above-
3 entitled action.

4 The opposition apparently grudgingly concedes the subject
5 matter jurisdiction but contends: 1) the District Court cannot
6 fashion a remedy; 2) the decision of a former appellate counsel
7 was merely tactical in failing to raise a blatant equal
8 protection claim involving two aliens in two proceedings with a
9 common nucleus of facts and inexplicable disparate results; 3)
10 such disparate results do not rise to an equal protection claim;
11 and 4) there is a failure to exhaust administrative remedies as
12 to the ineffective assistance of counsel in the initial
13 administrative proceeding. As set forth below, this court has
14 jurisdiction over the petition under Singh v. Gonzales, et. al.
15 __ F3d __ (9th Cir. 8/24/07, Case No. 05-16005) and the District
16 Court has the authority to fashion an adequate remedy by way of
17 remand for reconciliation of the two unreconciled disparate
18 decisions before the Board of Immigration Appeals, Executive
19 Office for Immigration Review, Department of Justice
20 (hereinafter BIA, EOIR, and DOJ). Accordingly, the petition
21 must be granted.

22
23
24
25 ¹ Since resigned and replaced by acting attorney general Peter
Keisler.

1 II

2 PROCEDURAL BACKGROUND

3 On or about August 27, 2007 petitioner filed her Petition
4 for Writ of Habeas Corpus Or, in the Alternative, Order to Show
5 Cause (hereinafter "petition"). Pursuant to a stipulation of
6 the parties the District Court issued an order setting a
7 briefing schedule and a hearing date of October 19, 2007.

8 III

9 FACTUAL BACKGROUND

10 Petitioner incorporates by reference the factual
11 allegations set forth in paragraphs 1 through 24 of the habeas
12 petition at this point. Respondents do not dispute the facts in
13 the habeas petition.

14 In addition, the following synopsis of the essential facts
15 will clarify the issue before the court. Petitioner applied for
16 affirmative administrative asylum with the Asylum Office of the
17 former Immigration and Naturalization Service (hereinafter AO
18 and INS) in San Francisco, California, was referred to the
19 Office of the Immigration Judge, San Francisco, California
20 (hereinafter OIJ) where she was represented by Hardeep Rai and
21 Associates, then changed venue to OIJ/Los Angeles, where she
22 retained new counsel, Ronald Peake. Peake also represented
23 petitioner's father, Kulwant Singh, in removal proceedings
24 before the OIJ/Los Angeles. Both cases involved claims for
25 relief under 8 USC, Section 1158 and 1231(b)(3), and Article 3

1 of the United Nations Convention Against Torture and Other
2 Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, as ratified
3 (hereinafter UNCAT) based on the same nucleus of facts arising
4 in India. The cases were not consolidated. On or about
5 November 19, 2001, an immigration judge of OIJ/Los Angeles
6 denied all claims for relief by petitioner. On or about April
7 23, 2002 a different immigration judge of OIJ/Los Angeles
8 granted petitioner's father's claim for relief under 8 USC,
9 Section 1231(b)(3). In essence, the scenario may be abstracted
10 as: same nucleus of facts; same OIJ; same defense counsel; two
11 different judges; two different decisions. (Petition, 5-8).

12 Appeal having been waived in her father's case, petitioner
13 was once again represented by Rai in her administrative appeal
14 to the BIA. A "motion" in the form of a letter with exhibits
15 was filed with the BIA noting the unreconciled decisions in the
16 two cases controlled by 8 CFR, Section 1003.1(e)(6)(i). The BIA
17 dismissed the appeal on or about August 29, 2003 treating the
18 letter as "additional evidence," rather than as a motion for
19 reconciliation of the two dispute decisions. (Petition, 8-9).
20 The motion was therefore never adjudicated and reconciliation of
21 the two decisions never occurred. On judicial review, the same
22 counsel failed to raise the issue of the unadjudicated motion or
23 the evident equal protection violation. (Petition, 9-11).

24 As a result, the decisions remain unreconciled as appellate
25 counsel failed to seek judicial review of the issue of the

1 failure of the BIA to comply with its own regulations and the
2 issue of a violation of the equal protection component of the
3 due process clause and the due process clause itself resulting
4 thereby. Accordingly, reconciliation of the two decisions
5 remains wanting.

6 IV

7 JURISDICTION

8 Respondents apparently concede subject matter under Singh
9 insofar as review of a post-final administrative order
10 constitutional deprivation is concerned. Respondents contend,
11 however, that this Court cannot fashion an appropriate remedy.
12 Respondents conjure up confusion where there is none. Since
13 there is an allegation of ineffective assistance of counsel
14 arising after the entry of the final order of removal, e.g.,
15 failure to seek review of the utter failure of the BIA to
16 reconcile the conflicting Immigration Judge decisions as
17 regulatory, due process and equal protection issues; and since
18 the appropriate remedy is a remand to the agency to reconcile
19 and, if necessary, retrigger the judicial review period, the
20 case falls within the parameters of Singh. Accordingly, the
21 District Court has jurisdiction.

V

REPLY ARGUMENT

A. The District Court Has Jurisdiction Over the Habeas Petition Because the Real ID Act of 2005 Does Not Apply Under Singh v. Gonzales

Under the provisions of the Real ID [sic] Act of 2005 (hereinafter RIDA) the District Court is stripped of habeas jurisdiction over review of final orders of removal. 8 USC, Section 1252(a)(5); 1252(b)(9). However, under Singh a narrow exception arises where a Fifth Amendment due process deprivation through ineffective assistance of counsel occurs after entry of the final administrative order since such review does not entail review of the order of removal itself, and falls outside of the restrictions on habeas jurisdiction under RIDA. Singh at 10473-4; 10487-8. Thus, where the remedy does not entail a review of the final order itself, habeas jurisdiction lies with the District Court. Singh at 10486-8.

In the case at hand, the error occurred after entry of the final order of removal issued by a single Board member on or about August 29, 2003, which left the letter/motion unadjudicated despite the inconsistent rulings of the immigration judge subject to three member review under 8 CFR, Section 1003.1(e)(6)(i). The issue was never raised on judicial review thereafter. The issue is both a regulatory violation and

1 a due process violation under the Fifth Amendment. Bui v. INS
2 76 F3d 268, 270-71 (9th Cir. 1996).

3 The remedy sought is an order by the District Court
4 ordering the BIA to act in compliance with its own regulations
5 and reconcile the decisions. The remedy does not result in
6 review of a final order of removal, per se, but rather is
7 intended to direct the BIA to exercise its functions as required
8 by the respondent attorney general's regulations. Whatever
9 administrative decisions occur thereafter are the provenance of
10 the BIA. Accordingly, the District Court has jurisdiction under
11 Singh.

12 B. Errors of Law by BIA Not Raised by Rai on Review

13 The BIA as a delegate of the attorney general is duty bound
14 to comply with its own regulations as well as the due process
15 clause of the Fifth Amendment. Bui, at 270-71; Campos v. Nail
16 43 F3d 1285 (9th Cir. 1994). Among its regulatory duties are the
17 authority to rule on motions by a single panel member and a
18 requirement of a three member panel in reconciling conflicting
19 decisions of immigration judges. 8 CFR, Sections 1003.1(e)(2);
20 1003.1(e)(6)(i).

21 On or about September 9, 2002, Rai submitted a letter to
22 the BIA with exhibits asserting the common factual basis for
23 petitioner's and her father's cases and the desperate decisions.
24 The inconsistencies were disposed of by a single Board member on
25 or about September 29, 2003 by simply ignoring them (Petition,

1 8-9, Exhibits M and O) with the letter relegated to the status
2 of inadmissible "additional evidence." Id.

3 The issue was never addressed thereafter by Rai in the
4 course of judicial review. (Petition, 9-10).

5 C. Equal Protection and Conflicting Immigration Judge
6 Decisions

7 It is settled law that aliens are entitled to equal
8 protection as a component of the due process clause of the Fifth
9 Amendment in removal proceedings. Zadrydas v. Davis 533 US 678,
10 692-3 (2001); Plyler v. Doe 457 US 202, 212 (1982); Accardi v.
11 Shaughnessy 347 US 260 (1954). At least two recent precedents
12 have addressed the problem of conflicting decisions involving
13 the same nucleus of facts as violative of the equal protection
14 components. In Wang v. Ashcroft 341 F3d 1015, 1019, fn. 2 (9th
15 Cir. 2003), two different immigration judges rendered
16 inconsistent decisions based on the same facts of forced birth
17 control inflicted upon the wife, who was denied asylum while her
18 husband was granted asylum. The unreconciled decisions were met
19 with incredulity and the wife's petition for review granted. In
20 Njuguna v. Ashcroft 374 F3d 765, 771, fn. 4 (9th Cir. 2004) one
21 of four similarly situated aliens was denied relief contrary to
22 the "foundational rule of law that similarly situated
23 individuals be treated similarly."

24 In the case at hand, the same discrepancy is evident.
25 Despite a common nucleus of facts, petitioner was denied relief

1 under 8 USC, Section 1231(b)(3) while her father was granted
 2 such relief. Like the regulatory violation, the equal
 3 protection violation was not raised on judicial review.

4 D. Failure to Raise the Regulatory and Equal Protection
 5 Issue on Review Constitutes Ineffective Assistance of
 6 Counsel

7 1. Constitutional Claim

8 The right to effective assistance of counsel arises
 9 under the due process clause of the Fifth Amendment. Baires v.
 10 INS 856 F2d 89, 90-91 (9th Cir. 1998); Mohesseni Behbahani v. INS
 11 796 F2d 249, 250-2 (9th Cir. 1986). The issue therefore arises
 12 under habeas jurisdiction 28 USC, Section 2241(c)(3).

13 2. Standard for Ineffective Assistance

14 In the Ninth Circuit, the standard for ineffective
 15 assistance of counsel is whether ineffective assistance "may"
 16 have affected the outcome of the proceeding. Mohammed v.
 17 Gonzales 400 F3d 785, 793-4 (9th Cir. 2005). Ineffective
 18 assistance of counsel rises to the level of a due process
 19 violation when the proceeding is so fundamentally unfair so as
 20 to preclude the petitioner from reasonably presenting his case.
 21 *Id.*, at 793. To prevail, petitioner must demonstrate: 1)
 22 counsel failed to perform with sufficient competence; which 2)
 23 resulted in prejudice which may have affected the outcome of the
 24 proceeding. *Id.*, at 793-4; Ortiz v. INS 179 F3d 1148, 1153 (9th
 25 Cir. 1999). However, where the alien is deprived of judicial

1 review entirely, prejudice is presumed where there is a
2 plausible ground for relief. Dearinger at 1045. Any
3 application of the so-called Lozada requirements for ineffective
4 assistance during an administrative proceeding are circumscribed
5 where the error appears on the face of the record. Granados-
6 Oseguera v. Gonzales 464 F3d 993, 997-98 (9th Cir. 2006).

7 3. Ineffective Assistance of Counsel

8 a. Failure to Assert a Claim

9 Failure by retained counsel to file a claim or
10 application on behalf of the alien constitutes ineffective
11 assistance of counsel. Ray v. Gonzales 439 F3d 582, 587-89 (9th
12 Cir. 2006); Castillo Perez v. INS 212 F3d 518, 526 (9th Cir.
13 2000); Figueroa v. INS 886 F2d 76, 78-9 (4th Cir. 1989);
14 Colindres Aguilar v. INS 819 F2d 259 (9th Cir. 1987)

15 While tactical decision may no arise to the level
16 of a Fifth Amendment violation, errors and omissions which may
17 affect the outcome do. Thorsteinsson v. INS 724 F2d 1365, 1367
18 (9th Cir. 1984); Mohammed at 793-4; Ray at 587-89.

19 In summation, when the attorney fails to preserve
20 or pursue relief, petitioner has suffered ineffective assistance
21 of counsel and a due process deprivation results. Grandados-
22 Oseguera at 997-9.

23 b. Post-Administrative Order Proceedings

24 The same duties attach in post-administrative
25 proceedings and the petitioner is entitled to effective

1 assistance of counsel. Dearinger at 1045. In the context of
2 the Sixth Amendment, ineffective assistance of counsel includes
3 acts and omissions on appeal. Murry v. Carrier 477 US 478, 488
4 (1986).

5 4. Prejudice to Petitioner

6 As to the regulatory violation herein, petitioner need
7 not show prejudice. Bui at 270-71. As to the failure to assert
8 the clear due process and equal protection claims, petitioner is
9 prejudiced since she now faces removal for five years under 8
10 USC, Section 1182(a)(9)(A).

11 5. No Administrative Exhaustion Required and the
12 Prudential Doctrine Does Not Apply

13 Since the constitutional deprivation in the present
14 proceeding by Rai occurred after the final administrative order
15 of removal, the BIA has no jurisdiction over such a deprivation.
16 See 8 CFR, Section 1003.1(b), (c), (d). Any assertion that an
17 administrative motion to reopen as to the final administrative
18 order under 8 CFR, Section 1003.2(c)(2) is inapposite and, even
19 if the BIA had subject matter jurisdiction, such motions are
20 time barred by a post-decisional 90 day time limit. Moreover,
21 even if the BIA had subject matter jurisdiction, administrative
22 motions to reopen are discretionary, and not a matter of right,
23 so a failure to exhaust such a remedy, even if it existed in the
24 present case, is not a bar to habeas jurisdiction. Noriega

1 Lopez v. Ashcroft 335 F3d 874, 881 (9th Cir. 2003). Accordingly,
2 the doctrine of administrative exhaustion does not apply.

3 E. Remedy

4 As set forth in the petition and consistent with Singh,
5 petitioner's remedy is for an order remanding the proceeding to
6 the BIA for reconciliation of the administrative decisions and,
7 if necessary, to afford petitioner her right to seek judicial
8 review thereafter.

9 **VII**

10 **CONCLUSION**

11 Based on the foregoing, it is respectfully requested that
12 the relief requested in the petition be granted.
13

14
15 Dated: October 3, 2007

16 JAMES TODD BENNETT
17 Attorney for Petitioner
18 NAVNEET GHOTRA
19
20
21
22
23
24
25